



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2016

---

## **Aus Anlass der Flüchtlingskrise: Das völkerrechtliche Schutzgebot in der Praxis**

Diggelmann, Oliver

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-196685>

Book Section

Accepted Version

Originally published at:

Diggelmann, Oliver (2016). Aus Anlass der Flüchtlingskrise: Das völkerrechtliche Schutzgebot in der Praxis. In: Brühwiler, Claudia Franziska. Denkanstösse : Perspektiven auf Flucht und Migration. St.Gallen: Universität St. Gallen, 18-13.

## **Aus Anlass der «Flüchtlingskrise»: Das völkerrechtliche Schutzgebot in der Praxis**

### *Refoulement-Verbot als Minimalstandard*

In der gegenwärtigen Flüchtlings- oder Migrationskrise taucht immer wieder die Frage auf, wie weit das Völkerrecht Flüchtlinge schütze.<sup>1</sup> Das «*law of mankind*», wie Hersch Lauterpacht (1897-1960), früherer britischer Richter am Internationalen Gerichtshof, es einmal genannt hat, könne doch, so die Erwartung, nicht zulassen, dass Fluchtmigranten etwa durch Absichern der Grenze oder Aufgreifen auf Hoher See daran gehindert werden, überhaupt ein Asylgesuch zu stellen. Was sagt das Völkerrecht? Dieser Beitrag enthält ein paar grundsätzliche Bemerkungen zur Thematik und den Versuchen vieler Staaten, den Schutz zu relativieren. Möglicherweise ist zunächst die Feststellung hilfreich, dass das Völkerrecht keine «höhere» Gerechtigkeitsordnung ist – zumindest nicht in dem Sinne, dass es qua seiner Substanz anderem Recht automatisch überlegen wäre. Passender ist es, sich dieses – vor allem in sensiblen Bereichen – als moralische Minimalordnung vorzustellen, der es um die Verhinderung des Schlimmsten geht. Das gilt auch für den hier interessierenden Bereich des Schutzes von Flüchtlingen bzw. Fluchtmigranten.

Die zentrale Norm des Flüchtlingsrechts – wenn man von der Definition des Flüchtlings absieht – ist Art. 33 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention. Diese Bestimmung verbietet es den Vertragsstaaten, jemanden in ein Land auszuweisen, in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder politischen Anschauungen gefährdet ist. Flüchtling ist nur, wer persönlich verfolgt wird. Allgemeine Betroffenheit etwa von Naturkatastrophen oder Konflikten in einem Land genügt nicht, auch wenn jemand vor diesen «flieht». Bedeutend für das hier interessierende Thema ist auch Art. 33 Abs. 2 der Flüchtlingskonvention. Er legt fest, dass der flüchtlingsrechtliche Schutz vor Refoulement nicht absolut gilt. Ausgenommen sind Personen, die eine Gefahr für die Sicherheit des Aufenthaltsstaates (sogenannte Ausnahme der nationalen Sicherheit) oder wegen schwerer Verbrechen eine Gefahr für das Land darstellen (Ausnahme der Gemeinschaftsgefährdung). Geschützt werden Flüchtlinge und Migranten im Völkerrecht allerdings nicht nur durch die Flüchtlingskonvention, sondern auch durch Menschenrechtsgarantien. Wichtig ist vor allem das Folterverbot. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) im Besonderen hat in das Verbot der Folter und der unmenschlichen Behandlung nach Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ein von der Flüchtlingskonvention unabhängiges Recht auf Schutz vor Refoulement «hineingelesen». Das ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil diese Menschenrechtsgarantie – im Unterschied zu Art. 33 der Flüchtlingskonvention – keine Ausnahmen kennt, absolut gilt. Es gibt somit ein flüchtlingsrechtliches und ein menschenrechtliches Refoulement-Verbot, wobei nur letzteres auch Migranten schützt, die nicht Flüchtlinge im Rechtssinne sind. Im Folgenden wird in einem ersten Schritt beleuchtet, auf welche Weise – mit welchen «Strategien» – Staaten diesen Schutz zu relativieren versuchen. In einem zweiten Schritt wird die Frage aufgeworfen, wie weit diese Versuche mit den Garantien vereinbar sind.

## Relativierungsversuche

Es lassen sich auf einer grundsätzlichen Ebene drei Strategien einer Begrenzung des Schutzes durch das Refoulement-Verbot unterscheiden. Eine erste Strategie sind die Versuche des «Trigger»-Verhinderns. Die Logik ist folgende: Der Zielstaat versucht, bereits die Anwendbarkeit der Flüchtlingskonvention und – in Europa – der EMRK zu verhindern, indem er die Migranten von seinem Territorium fernhält. Wo eine Garantie nicht anwendbar ist, so die Idee, kann sie auch nicht verletzt sein. Man kann verschiedene Varianten unterscheiden. Eine erste ist, hohe Grenzzäune zu errichten und die Grenzen zu schliessen. Als Beispiel kann etwa die Grenze zwischen den spanischen Enklaven Melilla und Ceuta in Nordafrika einerseits und Marokko andererseits angeführt werden, die jeweils durch einen sechs Meter hohen Zaun getrennt sind. Eine zweite, vor allem von stark migrationsbetroffenen Meeranrainerstaaten praktizierte Variante ist das Stoppen von Fluchtmigranten auf Hoher See und ihre Rückführung in den Herkunfts- oder Transitstaat. Der Zielstaat hält die Migranten davon ab, überhaupt in die Nähe des eigenen Hoheitsgebietes zu kommen, und stellt sich auf den Standpunkt, dass sein Verhalten fernab vom eigenen Hoheitsgebiet von den Garantien nicht erfasst sei.<sup>2</sup> Australien etwa ist im Zug einer Verschärfung seiner Flüchtlingspolitik in den letzten Jahren u.a. dazu übergegangen, Boote auf Hoher See zu stoppen und in Herkunftsländer zurückzubringen, etwa nach Sri Lanka. Eine zweite Variante dieses «Trigger»-Verhinderns besteht darin, einen Teil des eigenen Territoriums zu Sonderterritorien zu erklären und den Garantien hier die Anwendung zu verweigern. Frankreich etwa hat einmal bestimmte Häfen und Flughäfen zu «internationalen Zonen» erklärt und Personen, die im Transitbereich ankamen, wie an der Grenze behandelt. Sie konnten weder einreisen, noch ein Asylgesuch stellen. Eine weitere Variante ist das Schaffen von Verfahrenszentren in Drittstaaten. Alle drei Varianten folgen der gleichen Grundidee: Fernhalten vom Staat, und dadurch Verhinderung der Bindung durch das Flüchtlingsrecht.

Die zweite Strategie ist die «*protection elsewhere*»-Strategie. Der Unterschied zur ersten besteht darin, dass der Fluchtmigrant hier das Zielland bereits erreicht hat. Dieses lehnt die Prüfung des Asyls oder der Flüchtlingseigenschaft aber ab, weil der Betreffende anderswo Schutz bekommen kann. Es wird nicht infrage gestellt, dass die Person irgendwo Schutz erhalten muss, dieser allgemeine Konsens wird nicht angetastet. Man weigert sich lediglich, diese Aufgabe selbst zu übernehmen, weil ein dritter Staat eine angeblich nähere Beziehung zum Fluchtmigranten aufweist und zudem ebenfalls «sicher» ist. Auch diese Strategie existiert in mindestens zwei Varianten. Die erste besteht darin, einen Staat im Einzelfall als sicher zu betrachten, d.h. mit Blick auf den konkreten Fluchtmigranten. Staat A ist für Migrant X sicher, weil er als Person X keine Unterschreitung völkerrechtlicher Minimalstandards zu befürchten hat. Die zweite Variante ist, dass Staaten mittels Listen pauschal zu sicheren Drittländern erklärt werden. Die Schweiz etwa führt eine solche Liste, auf der sich EU- und EFTA-Staaten befinden.

Die dritte Strategie schliesslich ist die grosszügige Interpretation der Ausnahmen von Art. 33 Abs. 2 der Flüchtlingskonvention. Es besteht eine gewisse Versuchung, insbesondere in aufgeregten Zeiten, etwa nach Terroranschlägen, bereits die unbestimmte Möglichkeit einer Gefahr für die nationale Sicherheit oder die Gemeinschaft als für die Suspension der Garantien von Art. 33 Abs. 1 hinreichend zu betrachten. Die USA beispielsweise haben die Ausnahme der nationalen Sicherheit im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Terrorismus intensiv genutzt.

Es verdient Hervorhebung, dass die drei skizzierten Strategien der Schutzrelativierung vor allem von Staaten praktiziert werden, die intensiv von Fluchtmigration betroffen sind. Diese befinden sich in einem ernsthaften Dilemma, das für das Verständnis der Materie bedeutend ist. Die Abklärung, ob jemand verfolgt ist und ob ihm Gefahr für Leben und Freiheit droht, ist anspruchsvoll und ressourcenintensiv. Je «vorbildlicher» ein Staat mit Fluchtmigranten umgeht, je mehr er si-

herstellt, dass das Refoulement-Verbot auf keinen Fall verletzt wird, umso grösser wird auch seine Attraktivität als Zielland. Dies wiederum erhöht den Abklärungsaufwand weiter und erhöht möglicherweise den Druck, die Attraktivität wieder zu vermindern. Eine paradoxe Wirkung von Versuchen der Schutzverkürzung ist nicht undenkbar: Wenn ein Staat als unattraktiv gilt, werden seine Ressourcen eher geschont, was der Qualität der Abklärung zu Gute kommen kann. Umgekehrt dürfte der Ruf eines sorgfältigen Umgangs mit dem Refoulement-Verbot die Attraktivität steigern und damit auch die Abklärungslast, was den Druck in Richtung Relativierung wiederum erhöhen kann.

### *Rechtliche Bewertung*

Die rechtliche Bewertung der drei Strategien erfolgt getrennt. Mit Blick auf die Versuche des «Trigger»-Verhinderns ist zunächst festzuhalten, dass das Refoulement-Verbot kein Recht auf Einreise, geschweige denn Asyl verschafft. Es verbietet grundsätzlich nicht, Personen das Erreichen des Territoriums zu verunmöglichen. Das Refoulement-Verbot setzt bei den Folgen des Zurückweisens an. Es setzt den Verhaltensoptionen des Staates Grenzen, indem es bestimmte Folgen der Zurückweisung verbietet. Betrachtet man die skizzierten Varianten von «Trigger»-Verhinderungsversuchen, so ist der eindeutigste Fall das Schaffen von Sonderzonen. Die Garantien der EMRK gelten für das ganze staatliche Territorium, wie der EGMR bereits 1996 im Fall *Amuur/Frankreich* festgestellt hat.<sup>3</sup> Auch Australien hat in jüngerer Vergangenheit versucht, den Schutz mittels Schaffung von Sonderterritorien zu verkürzen. Bei Grenzzäunen und Grenzsicherungen ist die Frage etwas anspruchsvoller. Die Fluchtmigranten befinden sich hier ausserhalb des Territoriums. Recht gilt grundsätzlich nur auf dem Territorium des betreffenden Staates, es sei denn, es liege ein Fall extraterritorialer Wirkung vor, die aber nicht einfach angenommen werden kann. Die Antwort ergibt sich, wenn man das Problem gewissermassen aus der «Vogelperspektive» betrachtet. Wenn jeder Staat seine Grenzen schliessen würde, so würde das Refoulement-Verbot vollständig entkernt. Dürften etwa alle Nachbarstaaten Syriens ihre Grenze mittels eines Zaunes schliessen, wäre ihre Bindung an das Refoulement-Verbot für die Flüchtlinge aus Syrien wertlos.<sup>4</sup> Das Refoulement-Verbot muss daher auch *an* der Grenze gelten, die physische Nähe zum Territorium »triggert« die Anwendbarkeit. Schwierig sind allenfalls Konstellationen, in denen eine gewisse Nähe zum Zielstaat besteht, etwa auf Hoher See oder bei Verfahrenszentren in Drittstaaten.<sup>5</sup> Auch hier muss grundsätzlich gelten, dass der Zielstaat Hoheitsgewalt ausübt und an das Refoulement-Verbot gebunden ist. Aus der gleichen Überlegung wie vorhin: Würden alle Meeresanrainer etwa auf Hoher See dafür sorgen, dass die Migranten ihr Territorium nicht erreichen könnten, wäre die Garantie ebenfalls entkernt. Auch der Wortlaut der Flüchtlingskonvention, der ein Refoulement «*in any manner whatsoever*» verbietet, spricht für eine solche Auslegung.

Bei der zweiten Strategie – der «*protection elsewhere*»-Strategie – ist die rechtliche Schlüsselfrage jene nach der tatsächlichen Sicherheit des für sicher erklärten Staates. Das Flüchtlingsrecht verbietet es Zielstaaten grundsätzlich nicht, ihre Zuständigkeit für die Durchführung eines Asylverfahrens oder der Abklärung der Flüchtlingseigenschaft unter Verweis auf Staaten mit näherer Beziehung zum Fluchtmigranten zu verneinen. Der Zielstaat kann etwa argumentieren, dass der Transitstaat, der den Migranten passieren liess, eine engere Beziehung aufweist, da er die Durchreise zugelassen hat. Das Dubliner System folgt dieser Grundidee. Entscheidend ist allerdings, ob der für sicher erklärte Staat auch tatsächlich sicher ist, es kommt auf die objektiven Tatsachen an. Die Versuchung der Staaten, ihre Last mit zu pauschalen Sicher-Erklärungen zu verringern, ist selbstredend gross. Gegenseitige Sicherheitsvermutungen wie im Dubliner System können zu einer grossen Vereinfachung führen, da dies die Anzahl Verfahren insgesamt mindert. Das System stösst jedoch an seine Grenzen, wenn die angenommene Sicherheit nicht mehr den Tatsachen ent-

spricht. Der EGMR etwa hat in einem bedeutenden Entscheid 2011 die gegenseitige Sicherheitsvermutung der Staaten des Dubliner Systems punktuell durchbrochen, indem er die Zustände im griechischen Asylwesen als mit Art. 3 EMRK teilweise unvereinbar einstufte.<sup>6</sup>

Mit Blick auf die dritte Strategie schliesslich ist aus rechtlicher Sicht vor allem zu sagen, dass Art. 33 Abs. 2 der Flüchtlingskonvention gewisse Spielräume für die spezifische Problemwahrnehmung der einzelnen Staaten lässt. «Nationale Sicherheit» bedeutet nicht überall dasselbe, die Staaten sind unterschiedlich gefährdet, die spezifische Konzeption der nationalen Sicherheit ist durch unterschiedliche Sensibilitäten geprägt. So konnten etwa die USA nach den Anschlägen im Jahr 2001 mit einem gewissen Recht argumentieren, als exponiertes Zielland des Terrorismus besonders grosse Spielräume zu besitzen. Art. 33 Abs. 2 wohnen allerdings implizite Verhältnismässigkeitschranken inne. Die Ausnahme der nationalen Sicherheit kann nicht unter Verweis auf jede noch so entfernte Verbindung zu Terrorismus angerufen werden. Die Beantwortung der Frage, ob ein bestimmter Fall von einer Ausnahme erfasst ist, erfordert den Miteinbezug der konkreten Umstände.<sup>7</sup>

### *Schlussbemerkung*

Es besteht ein Konsens darüber, dass der Refoulement-Verbot-Standard insgesamt ein sinnvoller Standard ist. Er kann als anerkannte völkerrechtliche Brandmauer für das Unverhandelbare bezeichnet werden, kein Staat würde dies wohl grundsätzlich in Frage stellen. Die entscheidende Frage ist allerdings, wie er in der Praxis gehandhabt wird. Es sollte deutlich geworden sein, dass zwischen quantitativer Betroffenheit von Fluchtmigration und Relativierungsversuchen ein Zusammenhang besteht, und dass die meisten skizzierten Versuche mit den internationalen Garantien nicht vereinbar sind. Das Refoulement-Verbot ist ein Minimalstandard, dessen Verwirklichung aber anspruchsvoll und ressourcenintensiv ist. Wegen seiner immensen Bedeutung für den Einzelnen verträgt er Verkürzungen kaum. Für die Zukunft ist wohl weiterer Druck auf den Standard zu erwarten. Die Industrieländer sind auf die derzeitigen und zu erwartenden Migrantenzahlen schlecht vorbereitet. Sie dürften auf allen drei skizzierten Ebenen weiterhin versucht sein, ihre Belastungen durch Fluchtmigration zu mindern.

---

### **Anmerkungen**

<sup>1</sup> Der völkerrechtliche Begriff des Flüchtlings ist enger als der umgangssprachliche. Flüchtlinge im Sinne von Art. 1 Abs. A der Genfer Flüchtlingskonvention sind nur persönlich Verfolgte. Im Folgenden wird meist der Begriff der Fluchtmigranten verwendet, der Flüchtlinge im Rechtssinne und weitere (in einem untechnischen Sinne «fliehende») Migranten einschliesst.

<sup>2</sup> Recht gilt im Regelfall auf dem Territorium, dessen Behörden es erlassen haben. Das ist eine Grundidee des Territorialstaates. Bei Geltung jenseits der Grenzen spricht man von extraterritorialer Geltung.

<sup>3</sup> EGMR, Amuur/Frankreich, Nr. 19776/92, Urteil vom 25. Juni 1996.

<sup>4</sup> Allerdings kommt in diesen Situationen erschwerend hinzu, dass Personen, die noch nicht ausserhalb ihres Heimatlandes sind, definitionsgemäss keine Flüchtlinge im Rechtssinne sind und damit technisch nicht unter das Refoulement-Verbot der Genfer Flüchtlingskonvention fallen.

<sup>5</sup> Für das Aufgreifen auf Hoher See und Verbringen in einen Transitstaat: EGMR, Hirsi Jamaa u.a./Italien, Nr. 27764/09, Urteil vom 23. Februar 2012.

---

<sup>6</sup> EGMR, M.S.S/Belgien und Griechenland, Nr. 30696/09, Urteil vom 21. Januar 2011.

<sup>7</sup> Vgl. etwa den Fall Suresh/Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, Urteil vom 1. November 2002.